

Naschrift bij de reactie van prof.dr H.J.J. Leenen

Dr mr W van der Burg

De reactie van Prof. Leenen legt op elegante wijze de kern van het meningsverschil bloot. Het draait uiteindelijk om twee kwesties: de rol van constructie in het gezondheidsrecht en de juridische betekenis van het woord 'zwangerschap'. Ik zal mij in mijn naschrift dan ook vooral daarop richten.

1. De rol van constructie in theorievorming

De belangrijkste kwestie is van rechtsfilosofische aard. In zijn reactie heeft Leenen het over een 'rechtspositivistische opvatting'. Een betiteling die tot enige verwondering aanleiding geeft, aangezien ik mij altijd sterk tegen het rechtspositivisme heb verzet en grote affiniteit heb met de opvattingen van de voornaamste anti-rechtspositivist van dit moment, Ronald Dworkin.¹ Ben ik hier ongemerkt van mijn geloof gevallen?

In de kritiek op het rechtspositivisme, of in de noodzaak om voor de constructie van een juridische theorie, zoals in dit geval die rond het embryo, een beroep te doen op méér dan wetgeving en jurisprudentie, verschillen Leenen en ik niet van mening. Het meningsverschil draait om de vraag welke criteria er aan de geslaagde constructie moeten worden gesteld. Volgens Dworkin moet de juistheid van een juridische theorie worden beoordeeld aan de hand van twee dimensies: die van 'fit'; en die van 'political morality'.²

Mijn kritiek op de gangbare gezondheidsrechtelijke leer inzake het embryo richt zich op beide dimensies. In de eerste plaats moeten vraagtekens geplaatst worden bij de stelling dat de leer der groeiende beschermwaardigheid de best mogelijke theorie, de beste 'political morality' zou zijn. Deze kritiek heb ik overigens in het artikel niet nader uitgewerkt.³ In de tweede plaats meen ik dat de leer der groeiende beschermwaardigheid onvoldoende 'past' bij de weinige positiefrechtelijke aanknopingspunten die er te vinden zijn. Kern van die kritiek is dat de beide relevante privaatrechtelijke artikelen (artikel 2: 1 en artikel 284: 1 BW) op een onjuiste manier worden geïnterpreteerd.

Mijn centrale stelling is dus dat er te weinig aanknopingspunten in het positieve recht zijn om een leer van een groeiende beschermwaardigheid verantwoord te kunnen construeren als zijnde een leer van het geldende recht, of zelfs maar deze te beschouwen als aansluitend bij het geldende recht. Constructie los van iedere wetstekst of jurisprudentie, zelfs als deze geheel zou aansluiten bij algemeen aanvaarde morele opvattingen, is voor mij in een rechtsstaat een brug te ver. Dit geldt nog sterker nu de leer der groeiende beschermwaardigheid ook ethisch gezien een discutabele theorie is.

2. Geldend recht

In zijn reactie komt Leenen niet met andere wettelijke aanknopingspunten dan die welke ik in mijn artikel genoemd heb: de artikelen 2: 1 BW en 284: 1 BW (welke in onderling verband moeten worden gelezen), de WAZ,

i.h.b. artikel 2, en artikel 82a Sr. Natuurlijk kan men daarnaast nog zoeken naar ‘analogieën in bestaande rechtsfiguren, theorieën, juridische constructies en wettelijke regelingen’ – ik ben geen rechtspositivist, dus gaarne tot een dergelijke speurtocht bereid. Het probleem is echter dat ik niet zou weten waar deze verdere aanknopingspunten dan precies te vinden zijn en Leenen geeft dat evenmin aan.

Voor de veertiendagen grens is artikel 82a Sr. niet relevant. Resteren dus drie wettelijke artikelen, die een aanknopingspunt kunnen bieden. Over de mogelijke interpretaties van artikel 2 WAZ zal ik niet in herhaling treden – m.i. kan daaraan geen statutetheorie van het embryo worden verbonden. Belangrijker is artikel 2:1 BW en in samenhang daarmee artikel 284: 1 BW.

Het meningsverschil draait nu om de vraag hoe het woord ‘zwanger’ in beide artikelen moet worden verstaan. Mijn stellingname is dat in deze context de zwangerschap geacht wordt aan te vangen bij de coïtus, terwijl Leenen vasthoudt aan de nidatie. Hij doet dit zelfs zozeer dat hij meermalen het woord ‘nidatie’ tussen haakjes als verduidelijking achter het woord ‘zwangerschap’ plaatst. Zijn enige argument hiervoor lijkt te zijn dat deze gelijkstelling algemeen aanvaard is. Dit nu is m.i. noch medisch–biologisch, noch rechtshistorisch, noch rechtsdogmatisch houdbaar.

Leenen stelt dat ik hiervoor onvoldoende bronnen aanvoer, dus deze omissie zal ik dan alsnog corrigeren. In het Romeinse recht is volgens Kaser de verwekking bepalend.⁴ In de privaatrechtelijke handboeken uit de vorige eeuw (dus nog na de invoering van het BW) wordt bij de interpretatie van het toenmalige artikel 3 BW voortdurend over ‘ontvangen’ en ‘verwekt’ gesproken.⁵ De enige mij bekende uitspraak in de jurisprudentie inzake artikel 3 BW (oud) waar expliciet naar een begin van de zwangerschap wordt verwezen (HR 10 februari 1961, NJ 1961, 184), spreekt van ‘verwekte vrucht’ en ‘eerst sedert twee maanden ontvangen’. Al deze termen verwijzen naar coïtus en/of conceptie (doorgaans zal men zich van een verschil niet bewust geweest zijn of dit niet relevant gevonden hebben), maar zeker niet naar de nidatie als begin van de zwangerschap.

Overigens heeft de Hoge Raad in een heel andere context recentelijk expliciet Leenens stelling weerlegd dat de nidatie als het begin van de zwangerschap moet worden beschouwd.⁶ De ontslagbescherming van zwangere vrouwen werd ook van toepassing geacht in een situatie waarin aannemelijk was gemaakt dat de laatste menstruatie 16 dagen voor het ontslag had plaatsgevonden. Binnen deze termijn vallen wel de coïtus en de daaruit voortvloeiende conceptie, maar zeker niet de nidatie. In de context van het arbeidsrecht begint de zwangerschap dus bij conceptie of coïtus, of mogelijk zelfs al bij de laatste menstruatie (de Hoge Raad is hierover enigszins onduidelijk).

Leenen stelt verder dat het gezondheidsrecht zich niet uitspreekt over erfrechtelijke kwesties. Strikt genomen is dit correct, maar in dit geval kunnen beide toch niet los gezien worden. Het is inconsistent en daarom juridisch onhoudbaar wanneer men artikel 2: 1 BW in het gezondheidsrecht zou interpreteren als aanvangend vanaf de nidatie en in het erfrecht als aanvangend vanaf de coïtus of conceptie. De erfrechtelijke interpretatie dient hier primair te zijn en ik heb proberen aan te tonen dat deze, zowel gebruikmakend van een historische interpretatie als van een teleologische interpretatie, pleit voor een begin vanaf de coïtus.

3. De coïtus

Dat mijn analyse tot de conclusie leidde dat de zwangerschap privaatrechtelijk gezien bij de coïtus begint, was ook voor mij een verrassende en enigszins contraïntuïtieve uitkomst. De strijd leek tot nu toe immers vooral te gaan tussen ‘pro–lifers’ die de conceptie als beginpunt nemen en de meerderheid van de gezondheidsjuristen die de nidatie als beginpunt nemen. Niettemin denk ik dat er niet aan te ontkomen valt. De voor de hand liggende angst dat men hiermee tot een onwerkbaar vergaande bescherming komt, wordt gerelativeerd zodra men zich realiseert dat het hier niet om een statutheorie gaat, of om een theorie der beschermwaardigheid, maar zuiver en alleen om een fictie die een retrospectieve bescherming van bepaalde privaatrechtelijke belangen veiligstelt. In inhoudelijke opzicht interpreteer ik dus artikel 2: 1 BW juist restrictief (een restrictiviteit die in overeenstemming is met de jurisprudentie van de Hoge Raad) en Leenen zeer extensief; alleen qua termijn is Leenen iets restrictiever dan ik. Juist vanwege deze restrictiviteit heeft mijn opvatting ook op geen enkele wijze implicaties voor bijvoorbeeld de betekenis van gameten in het recht.

De problemen die Leenen noemt ten aanzien van de bewijsbaarheid van het tijdstip van de coïtus heb ik deels al besproken in mijn artikel. Anders dan Leenen acht ik deze niet doorslaggevend; integendeel, de voor de privaatrechtelijke praktijk relevante bewijsproblemen lijken bij de keuze voor de coïtus het geringste. De nidatie is al evenmin nauwkeurig te bepalen en zal daarom doorgaans, evenzeer als de coïtus die tot de zwangerschap heeft geleid, via een terugredenerende berekening moeten worden vastgesteld. Het achteraf construeren van het precieze tijdstip van de nidatie zal vaak veel meer giswerk vereisen dan het kiezen tussen de tijdstippen waarop een coïtus heeft plaatsgehad. Bovendien is het zelden relevant welke coïtus precies tot de zwangerschap heeft geleid, als maar kan worden vastgesteld dat de coïtus heeft plaatsgevonden voor tijdstip X, bijvoorbeeld het overlijden van de verwekker.

Voor de niet–coïtale procreatie kan, vanuit het doel van de fictie in artikel 2: 1 BW geredeneerd, zeer wel tot een adequate afbakening worden gekomen. Wanneer het erom gaat te bepalen wanneer de retrospectieve vermogensrechtelijke bescherming van artikel 2: 1 BW moet aanvangen, lijkt het mij voor de hand te liggen hiervoor een dubbel criterium te kiezen. De eisen zouden kunnen zijn: een band met het lichaam van de moeder en de afwezigheid van een noodzaak van verder menselijk handelen. Beide criteria leiden ertoe dat de bescherming van artikel 2: 1 BW retrospectief eerst begint wanneer het zaad of het pre–embryo zich in het lichaam van de moeder bevindt. Vanaf dit tijdstip kan men, terugredenerend vanaf de geboorte, stellen dat er toen reeds een proces in gang gezet was dat, zonder de noodzaak van verder ingrijpen, tot de geboorte van een kind leidde.

4. Pre–embryo in vitro

Ik vrees dat ik in mijn artikel enigszins onduidelijk geweest ben over de betekenis van omstandigheden en intentie voor de status. Juist omdat intentie en omstandigheden naar mijn mening wel degelijk van belang dienen te zijn voor de (wenselijke wetgeving inzake) beoordeling van wat men met pre–embryo's in vitro mag doen, is het naar mijn idee niet adequaat om een statutheorie te construeren. Ik heb dan ook geen behoefte aan een nadere definitie van het begrip status, omdat het in dit verband mijns inziens een onvruchtbaar begrip is, dat ons op dwaalwegen voert.

Ter vermijding van misverstanden nog een opmerking. Ik stel niet dat een vrijheidsinperking van medici en onderzoekers moet worden vermeden. Integendeel; ik meen dat er goede gronden zijn om tot wetgeving te komen waarbij op wezenlijke punten de experimenteervrijheid ten aanzien van embryo's wordt ingeperkt. Waar ik echter met Leenen van mening verschil, is of het huidige recht daar voldoende basis voor biedt. In een rechtsstaat geldt als goed beginsel dat de overheid zonder wettelijke grondslag niet tot vrijheidsbeperking mag overgaan. Zolang die grondslag, c.q. een voldoende draagkrachtig geheel van aanknopingspunten ontbreekt, acht ik het niet verantwoord tot een inperking te komen.

5. Slot

Leenen stelt dat de bescherming van het embryo volgens mij zou beginnen bij de coïtus. Dat is echter precies het tegendeel van wat ik beoog te stellen! De bescherming van de vrucht begint mijns inziens bij de levensvatbaarheidsgrens, en is dan uitsluitend een bescherming tegen abortus provocatus. In alle overige opzichten begint de bescherming eerst vanaf de geboorte, wanneer er voor het eerst sprake is van een rechtssubject.

Daarop zijn echter twee uitzonderingen, die allebei een retrospectief karakter hebben, terugdenerend vanaf de geboorte. De ene is de bescherming uit onrechtmatige daad tegen schade aan het levendgeboren kind als gevolg van invloeden voor de geboorte, mogelijk zelfs nog voor de conceptie – met name in de vorm van ‘wrongful life’ acties. De tweede uitzondering is de fictie van artikel 2: 1 BW met daaraan gekoppeld artikel 284: 1 BW. Aangezien dus met uitzondering van artikel 82a Sr, alle uitzonderingen op de bescherming vanaf de geboorte retrospectief zijn, is het m.i. beter niet van een bescherming of beschermwaardigheid of status van het embryo te spreken.

Noten

1 Vgl. bijvoorbeeld W. van der Burg en T. van Willigenburg, ‘Pleidooi voor een radicaal–liberale rechtspraak: de rechtstheorie van Ronald Dworkin’, *Recht en Kritiek* 12 (1986), pp. 350–375.

2 In essentie verschillen deze criteria overigens niet van die welke reeds door Scholten aan de geslaagde constructie werden gesteld.

3 Ik hoop dit binnenkort in een ander artikel te doen.

4 M. Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, München: Beck 1971, 273: ‘berhaupt wird die Rechtsstellung eines Menschen, (...) bei ehelicher Abstammung nach der Vaterschaft und damit nach dem Augenblick der Erzeugung beurteilt’.

5 Vgl. bijv. C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard I*, Amsterdam: Gebhard (1874), 33–36, G. Diephuis, *Het Nederlands Burgerlijk Regt I*, Groningen: Wolters (1885), 190–192 (evenzo in de druk van 1844, p. 15)

6 HR 9–3–1990, NJ 1990, 561. Met dank aan J. van Erp voor deze verwijzing.